



CADUCIDAD DE LA POTESTAD SANCIONATORIA – Cómputo / CADUCIDAD DE LA POTESTAD SANCIONATORIA – Configuración

[E]s relevante señalar que las actuaciones objeto de investigación tienen el carácter de continuado por el hecho de que se derivan de un comportamiento con una unidad de propósito, si se tiene en cuenta el constante intercambio de información entre las EPS y ACEMI relacionada con temas específicos para la determinación de la UPC y la definición de los servicios que deberían estar o no incluidos en el POS. En aplicación de la regla antes explicada, la Sala encuentra que el período investigado por la SIC respecto de las conductas constitutivas de actos contrarios a la libre competencia en el mercado de prestación de servicios de salud, estuvo comprendido entre el 5 de marzo de 2007 y el 5 de diciembre de 2008, lo que presupone que es desde esta última fecha que inicia el término de tres años con que cuenta la administración para investigar los hechos constitutivos de infracción al ordenamiento legal y la consecuente imposición de sanciones. [...] La aseveración de la parte actora sobre el envío de la información a ACEMI por medios electrónicos el 5 de diciembre de 2008 corrobora el hecho de que la investigación adelantada por la SIC sí se llevó a cabo en el período señalado en la resolución número 46111 de 2011, por manera que es claro que las conductas materia de investigación tenían relación estrecha y directa con la supuesta comisión de la infracción de la normatividad que prohíbe conductas que restrinjan o afecten la libre competencia, que como se señaló, se prolongaron en el tiempo. En ese orden, se tiene que el 30 de agosto fue expedida la resolución número 46111, por la cual se impuso una sanción de multa a la parte actora en cuantía de \$1.071.200.000, acto administrativo frente al cual fue interpuesto el recurso de reposición, medio de impugnación que fue desatado a través de la resolución número 65116 del 21 de noviembre de 2011, con fecha de ejecutoria el 2 de diciembre de 2011. La relación de las fechas en que fueron expedidos los actos administrativos acusados permite establecer que la SIC ejerció la potestad sancionatoria dentro del término consagrado en el artículo 38 del C. C. A., en la medida en que el acto administrativo que agotó la vía gubernativa fue notificado a la parte actora con antelación al vencimiento de dicho plazo, razón por la cual el cargo propuesto no tiene vocación de prosperidad. [...] [S]e tiene que no es necesario hacer grandes esfuerzos intelectivos para concluir que las EPS buscaban presentar una propuesta al Ministerio de Salud y Protección Social para la definición del POS basada en una información previamente concertada de manera consciente, la cual tenía por objeto afectar la libre competencia en el mercado de prestación de servicios de salud, la transparencia en la información y la fijación indirecta de precios de la UPC.

NOTA DE RELATORÍA: Ver sentencias Consejo de Estado, Secciones Primera y Quinta (S5 Descongestión Acuerdo 357/2017), de 13 de noviembre de 2014, Radicación 15001-23-33-000-2013-00254-01, C.P. María Elizabeth García González; 18 de agosto de 2011, Radicación 11001-03-24-000-2007-00013-00, C.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta y 8 de febrero de 2018, Radicación 25000-23-24-000-2008-00045-02, C.P. Rocío Araújo Oñate.

LIBRE COMPETENCIA EN EL MERCADO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD – Los elementos probatorios determinan la existencia de un acuerdo respecto de los servicios considerados como cubiertos o no del POS y la información respecto del cálculo de la UPC / LIBRE COMPETENCIA EN EL MERCADO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD – Afectación ante la existencia de un consenso o criterio unificado entre las EPS para establecer de común acuerdo los datos que serían reportados al Ministerio



de Protección Social / ACUERDOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA - Configuración

[E]stá demostrado que se solicitó información por parte de ACEMI a las EPS a través de correos electrónicos para llegar a un consenso respecto de los servicios considerados como cubiertos o no dentro del POS, en los actos administrativos demandados y en los antecedentes que dieron lugar a estos también se hace referencia, entre otros medios de prueba, a los testimonios practicados a los representantes legales de las EPS, cronogramas elaborados por las mismas y el contenido de las actas de distintas reuniones llevadas a cabo para intercambiar información con esa específica finalidad. El análisis del material probatorio recaudado llevó a la SIC a determinar la existencia de un acuerdo que tenía por objeto restringir o afectar la libre competencia en el mercado de prestación de servicios de salud, en la medida en que lo pretendido por las EPS era establecer de consuno los datos que serían reportados al Ministerio de Protección Social para la definición de los procedimientos que en lo sucesivo debían considerarse para ser incluidos o no dentro del POS. [...] De esta manera, el intercambio de datos sobre lo que cada EPS considera debe estar incluido en el POS y la información respecto del cálculo de la UPC dirigidos a lograr un consenso y presentarlo al Ministerio de Salud y Protección Social para que defina el listado de servicios, constituye una conducta contraria a la libre competencia en el mercado de salud, basada en la cobertura de los servicios prestados. El criterio unificado que se gestó en las EPS bajo la coordinación de ACEMI contiene información sensible para la definición de los procedimientos y servicios que deben estar contemplados en el POS, lo que evidentemente impide la libre competencia entre las EPS si se tiene en cuenta que cada una de las entidades tiene conocimiento preciso y detallado de los servicios que son prestados por las demás y bajo qué parámetros. La existencia de un consenso o criterio unificado acerca de la cobertura de los servicios per se repercute de manera contundente en la escogencia por parte del usuario de la entidad prestadora, en consideración a la falta de mecanismos diferenciadores referente a los servicios ofrecidos. Bajo tales presupuestos, no le asiste razón al apelante en el sentido de afirmar que toda la información intercambiada entre Aliansalud S. A. y ACEMI obedeció a una exigencia del Ministerio de Protección Social para definir el listado del POS, pues, si bien la política de cobertura de servicios se determina con fundamento en los datos suministrados por las EPS, lo cierto es que esa información debe ser presentada en forma individual en aras, precisamente, de que exista transparencia en el mercado de prestación de servicios de salud.

NOTA DE RELATORÍA: Ver sentencia Corte Constitucional C-535 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

DERECHO DE ASOCIACIÓN – Concepto / DERECHO DE ASOCIACIÓN - Alcance

En punto de esta censura, la Sala recuerda que si bien el derecho de asociación está intrínsecamente ligado al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de expresión, no es ilimitado ni absoluto. [...] En el caso concreto, el derecho de asociación que tienen las EPS para canalizar a través de ACEMI las posturas, inquietudes, planteamientos de propuestas etc., debe estar sujeto al ordenamiento legal y debe tener como eje central la adecuada, oportuna y eficaz prestación de los servicios de salud. En ese sentido, la concertación o unificación de estrategias para presentar informes por las EPS relacionados con la definición de los servicios cubiertos por el POS, atenta contra el ordenamiento legal que prohíbe la realización de conductas contrarias a la libre competencia, tal como ocurrió en el



caso objeto de debate.

NOTA DE RELATORÍA: Ver sentencia Corte Constitucional C-424 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 333 / DECRETO 1663 DE 1994 – ARTÍCULO 3 / DECRETO 1663 DE 1994 – ARTÍCULO 5 / LEY 100 DE 1993 ARTÍCULO 170

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá D.C., doce (12) de abril de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 25000-23-24-000-2012-00788-01

Actor: ALIANSALUD ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S. A

Demandado: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – FALLO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la sociedad Aliansalud Entidad Promotora de Salud (Aliansalud S. A.), contra la sentencia del 27 de mayo de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en Descongestión, por la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

En el escrito de la demanda, la parte actora solicitó lo siguiente¹:

“1. Declarar la nulidad del artículo primero de la parte resolutive de la Resolución No. 46111 del 30 de agosto de 2011, proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio, en cuanto se declaró que Aliansalud (antes Colmedica EPS S. A.) infringió lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto 1663 de 1994.

¹ Folios 3 a 7 del cuaderno No. 1.



2. Declarar la nulidad del artículo segundo de la parte resolutive de la Resolución No. 46111 del 30 de agosto de 2011, proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio, en cuanto se declaró que Aliansalud infringió lo dispuesto en el artículo 5, numerales 1, 8 y 10 del Decreto 1663 de 1994.

3. Declarar la nulidad del artículo quinto de la Resolución No. 46111 del 30 de agosto de 2011, proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio, en cuanto impuso a Aliansalud una sanción pecuniaria por la suma de \$1.071.200.000.

4. Declarar la nulidad del artículo 8 de la Resolución No. 46111 del 30 de agosto de 2011, proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio, en cuanto impuso a Aliansalud la obligación de publicar en un diario de amplia circulación regional un anuncio informando sobre la decisión de la SIC consagrada en la Resolución 46111 de 2011.

5. Declarar la nulidad del artículo sexagésimo segundo de la Resolución No. 46111 del 30 de agosto de 2011, proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio, en cuanto ordenó a mi representada poner término a una infracción que nunca cometió y abstenerse de realizar cualquier práctica tendiente a generar similares efectos anticompetitivos a dicha conducta inexistente.

6. Declarar la nulidad del artículo sexagésimo cuarto de la Resolución No. 46111 del 30 de agosto de 2011, proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio, en cuanto ordenó dar traslado a la Delegada de la Protección de la Competencia con el fin de que iniciara averiguaciones correspondientes a determinar la posible infracción al deber de cumplir con las instrucciones que expidió la SIC en el acto administrativo demandado.

7. Declarar la nulidad del artículo tercero de la Resolución No. 65116 del 21 de noviembre de 2011 proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio, en cuanto en el mismo se confirma en todas sus partes la Resolución No. 46111 del 30 de agosto de 2011.

8. Declarada la nulidad de los artículos indicados de los actos demandados, ordenar el restablecimiento del derecho de Aliansalud en el sentido de ordenar la restitución de la suma de \$1.071.200.000 indexada desde la fecha de pago de la misma, hasta el momento en que sea efectivamente restituida.

9. Declarada la nulidad de los artículos indicados de los actos demandados, ordenar el restablecimiento del derecho de Aliansalud en el sentido de exonerarla de cualquier responsabilidad por la supuesta infracción a las normas de competencia consagradas en el Decreto 1663 de 1994.

10. Declarada la nulidad de los artículos indicados de los actos demandados, ordenar a la Superintendencia de industria y Comercio, a título de restablecimiento del derecho de Aliansalud,



que divulgue la declaratoria de nulidad de las disposiciones demandadas, de la siguiente forma:

- *Publicar a su costa, dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la providencia que declare la nulidad de las disposiciones demandadas, un aviso en un diario de circulación nacional, informando sobre la declaratoria de nulidad de los artículos mencionados, e indicando que en dichos artículos mencionados se había declarado la participación de mi representada en acuerdos contrarios a la libre competencia y se le había impuesto una sanción.*
- *Publicar, dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la providencia que declare la nulidad de las disposiciones demandadas, un aviso destacado en la página de inicio del portal web de la Superintendencia de Industria y Comercio, el cual deberá permanecer publicado en la misma página de inicio, durante un período mínimo de quince días calendario.*
- *Convocar a los principales medios de comunicación, dentro de los cuales deben incluirse, como mínimo, Caracol radio y televisión, RCN radio y televisión, CM& la noticia y el Canal Capital, a una rueda de prensa en la cual se informe sobre la declaratoria de nulidad de las disposiciones demandadas.*

El alcance de la anterior petición se fundamenta en que ese fue el manejo mediático que dio la Superintendencia de Industria y Comercio a la noticia sobre la expedición de las resoluciones demandadas.

11. Declarada la nulidad de la parte motiva pertinente y de los artículos indicados de los actos demandados y restablecido el derecho a mi representada, solicito al Despacho se sirva ordenar a la Superintendencia de Industria y Comercio, a título de reparación del daño que sufrió Acemi, que realice el reconocimiento y pago de las siguientes condenas:

10.1 (sic) Se condene a la entidad demandada al pago de la indemnización de los perjuicios no patrimoniales en su modalidad de DAÑO MORAL ocasionado a la persona jurídica de Acemi en cuantía de CIEN SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (100 S.M.M.L.V.), en virtud de los perjuicios morales que se le ocasionaron con ocasión de la publicación ordenada en un diario de amplia circulación nacional y el amplio despliegue en los distintos medios de comunicación que fue realizada por la Superintendencia de Industria y Comercio.

10.2 (sic) Condenar a la Superintendencia de Industria y Comercio a pagar los intereses moratorios a la máxima tasa legal, sobre las sumas de dinero que resulten de la liquidación de la reparación de daños solicitada, a partir de la ejecutoria de la providencia que resuelva el presente trámite.

12. Declarada la nulidad de los artículos indicados de los actos demandados, restablecido el derecho en la forma indicada, y reparado el daño, condenar en costas y agencias en derecho a la entidad demandada”.



2. Hechos

Como supuestos fácticos de las pretensiones, la parte actora expuso, en síntesis, los siguientes:

1) Señaló que mediante la resolución número 10958 del 6 de marzo de 2009, la SIC inició una investigación contra distintas Entidades Promotoras de Salud, y contra la Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral (ACEMI), con el fin de establecer la infracción de lo dispuesto en los artículos 3, 4 y 5 numerales 1, 8 y 10 del Decreto 1663 de 1994.

2) Como resultado de la investigación, la SIC profirió la resolución número 46111 del 30 de agosto de 2011, por la que se impuso una sanción de multa, entre otras EPS, a Aliansalud S. A. por infracción de la normatividad antes señalada.

3) Contra esa decisión fue interpuesto el recurso de reposición, el cual fue desatado mediante resolución número 65116 del 21 de noviembre de 2011, en el sentido de confirmar el acto administrativo impugnado.

3. Normas violadas y concepto de la violación

El demandante afirmó que con la expedición de los actos acusados se desconocieron los artículos 6, 29, 39, 83 y 209 de la Constitución Política; 35 y 38 del Decreto 01 de 1984; 174, 175, 187, 248 y 250 del C. P. C.

Adujo que se configuró la caducidad de la facultad sancionatoria de la administración respecto de los hechos ocurridos el 12 de septiembre de 2008, pues, debe tenerse en cuenta que la apertura de la investigación está calendada 6 de marzo de 2009, y la resolución número 46111 del 30 de agosto de 2011, por la que se impuso una sanción de multa y se dictaron otras órdenes, fue notificada el 12 de septiembre de ese mismo año.

Los hechos en que se fundamentó la SIC para el inicio de la apertura de la investigación versan sobre un correo electrónico del 8 de octubre de 2008 enviado por parte de las EPS y respecto una información para el cálculo de la



UPC², pero ninguno de ellos es constitutivo de acuerdos contrarios a la libre competencia.

Manifestó que el argumento de la SIC referente a que la investigación se llevó a cabo frente a conductas que perduraron hasta finales del año 2007 es contradictorio, pues, en principio, se afirmó que se centró respecto de acuerdos que tuvieron por objeto restringir la competencia y, al propio tiempo, se mencionó que dichos acuerdos se mantuvieron hasta finales del año 2008.

El acto de realizar un acuerdo es una conducta que se presenta en un momento específico y por una sola vez, de tal suerte que lo que se prolonga en el tiempo es la ejecución de aquel.

Advirtió que la prohibición contenida en la ley es la realización de un acuerdo bajo la modalidad “por objeto” y no la ejecución del mismo, esto es, la modalidad “por efecto” ni tampoco la realización de reuniones para tratar distintos temas en relación con el acuerdo.

El término de la facultad sancionatoria de la administración debe computarse desde el mismo momento en que se celebró el presunto acuerdo, circunstancia de la que no hay prueba alguna. No obstante, la SIC impuso una sanción de multa sin haber investigado ni corroborado la existencia de los efectos de la supuesta conducta reprochada.

Por otro lado, arguyó que la SIC realizó una interpretación errada de lo establecido en los artículos 3, 4 y 5 del Decreto 1663 de 1994, dado que no es cierto que no debía probar la intención de las partes de realizar un acuerdo contrario a la libre competencia ni la potencialidad anticompetitiva de la conducta ni los efectos nocivos en el mercado de esta, pues, ello equivaldría a sostener que la administración no tiene ninguna carga probatoria, lo que evidentemente vulnera el derecho al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política.

El propósito de las reuniones de las Entidades Promotoras de Salud agremiadas

² Unidad de Pago por Capitación. Ley 100 de 1993. **ARTICULO. 156- Características básicas del sistema general de seguridad social en salud.** El sistema general de seguridad social en salud tendrá las siguientes características: [...] f) Por cada persona afiliada y beneficiaria, la entidad promotora de salud recibirá una unidad de pago por capitación, UPC, que será establecida periódicamente por el consejo nacional de seguridad social en salud.



en ACEMI, y que fueron objeto de sanción pecuniaria, era únicamente formular una propuesta regulatoria al Gobierno Nacional respecto de los medicamentos cubiertos en el Plan Obligatorio de Salud (POS), y no la fijación de precios ni la adopción de medidas para la realización de los supuestos acuerdos.

Adicionalmente, indicó que los actos demandados quebrantan el principio de presunción de inocencia, así como los artículos 6, 83 y 209 de la Constitución Política, y los artículos 35, 174, 175, 187, 248 y 250 del Código de Procedimiento Civil.

Al respecto, resaltó que se impuso una sanción de multa por parte de la SIC sin que existiera plena prueba de la ilicitud de la conducta endilgada, adicional a que la actuación administrativa estuvo viciada de imparcialidad y de indebida valoración probatoria.

Señaló que las decisiones cuya nulidad se depreca están falsamente motivadas, en la medida en que se realizó una interpretación descontextualizada y tergiversada de las pruebas allegadas a la investigación administrativa, aunado a que no existió ningún acuerdo para afectar la transparencia en la información.

En esos documentos, no se menciona ni se infiere que Aliansalud S. A. haya enviado comunicaciones a sus empleados en los que se hiciera mención o que hubiera participado en un supuesto acuerdo para restringir la libre competencia.

Las pruebas en las que la SIC basó la decisión atacada de nulidad no hacen referencia a ninguna EPS en particular, con excepción de Salud Total; por consiguiente, no existen elementos que permitan establecer que la voluntad de todas las EPS objeto de sanción fue la de afectar la transparencia de la información.

Recordó que para la existencia de un acuerdo es necesario demostrar la voluntad de una pluralidad de partes, de modo que la actuación de una sola EPS no puede predicarse de todas las demás, razón por la cual la conducta es inexistente.

Recalcó que con las decisiones emitidas por la SIC se desconoce el derecho de asociación como una forma de participación democrática de los distintos sectores de la economía, pues según la entidad demandada, ACEMI no podía



formular ninguna propuesta al gobierno nacional sobre la inclusión de elementos en el POS ni de criterios para la aclaración del mismo, sino que las EPS debían limitarse al envío de la información para el cálculo de la UPC.

4. Contestación de la demanda

A través de apoderado, la Superintendencia de Industria y Comercio, contestó la demanda con oposición a las pretensiones, en los siguientes términos³:

Indicó que en el curso de la investigación administrativa en contra de Aliansalud S. A. y otras EPS, quedó demostrado que con su comportamiento trasgredieron lo dispuesto en los artículos 3 y 5 numerales 1, 8 y 10 del Decreto 1663 de 1994, por haber generado un consenso dirigido a afectar la oferta de servicios de salud contenidos en el POS, por incidir en la transparencia de la información requerida por el regulador para la determinación de la UPC, y por haber forjado un mecanismo que culminó por fijar indirectamente el precio del aseguramiento de la salud.

Según un informe motivado elaborado por el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, se constató que las EPS agremiadas en ACEMI tenían más del 85% del total de afiliados del régimen contributivo, y que la conducta analizada tiene un alto impacto real o potencial para la competencia en el sector salud, referentes a la oferta de servicios y al valor de la UPC.

Explicó que el consenso consistió en el reconocimiento por parte de las EPS de una incertidumbre en la definición del POS, de lo que emerge una relación de competencia entre aquellas, basada en el reclutamiento de afiliados. Se llegó al acuerdo acerca de cuáles procedimientos y dispositivos debían aceptarse como incluidos dentro del POS, lo que llevó a que se negaran muchos medicamentos y servicios que eran considerados por las autoridades como incluidos en el POS, o que con anterioridad al acuerdo, las EPS lo tenían incluido.

También se comprobó que se realizó un acuerdo para afectar la transparencia de la información relacionada con la prestación de servicios de salud, la cual debe ser remitida a los entes regulatorios.

³ Folios 46 a 136.



De esta manera, se evidenció que se presentaron diferencias entre la información enviada a las entidades regulatorias y los datos que compartían las EPS y ACEMI, quien ejerció como coordinador y partícipe de los acuerdos realizados.

Adicionalmente, la infracción estuvo tipificada en el acuerdo para definir el listado de los procedimientos POS y, por lo tanto, indirectamente se fijó el precio del aseguramiento en salud.

Resaltó que la conducta sancionada estaba compuesta por un conjunto de estrategias, luego el desarrollo de las mismas no constituye una conducta de ejecución instantánea o única en el tiempo sino que, por el contrario, se trata de actos de naturaleza continuada, razón por la cual el término de caducidad empieza a computarse desde que cesa la conducta objeto de reproche.

En este caso, las actividades, reuniones, intercambio de información, comunicaciones, actas, etc., por las cuales se buscaba coordinar las actuaciones respecto de la prestación de los servicios y la afectación directa del valor de la UPC, se realizaron desde marzo de 2007 hasta por lo menos el 5 de diciembre de 2008, fecha en la que se efectuó el último envío de información por parte de las EPS con el fin de realizar el Estudio de Suficiencia de la UPC elaborado por el Ministerio de la Protección Social para el año 2008.

En ese orden, no se configura la caducidad de la facultad sancionatoria de la administración, si se tiene en cuenta que el acto administrativo que impuso la sanción de multa fue notificado el 12 de septiembre de 2011, es decir, dentro del plazo previsto en el artículo 38 del C. C. A.

De otra parte, advirtió que la conducta sancionada concierne a una infracción por objeto, vale decir, es esencialmente anticompetitiva sin que sea necesario para ello establecer su potencialidad anticompetitiva ni tampoco demostrar sus efectos en el mercado.

Lo que motivó la imposición de la sanción de multa no fue el hecho de la realización de reuniones ni el intercambio de información. Lo que en realidad es constitutivo de reproche legal es que la información y los consensos a los que se llegaron tenían como propósito la estructuración artificial del mercado.



Reseñó que se practicaron y estudiaron todas y cada una de las pruebas decretadas en el curso de la investigación administrativa, respecto de las cuales la parte actora tuvo la oportunidad de controvertirlas y desvirtuarlas, de tal suerte que no tiene asidero el argumento referente a la indebida valoración del material probatorio recaudado.

5. Sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca Subsección C en Descongestión, a través de sentencia del 27 de mayo de 2013, resolvió lo siguiente⁴:

“DENIEGANSE las pretensiones de la demanda”.

Las razones que tuvo en cuenta el *a quo* para proceder en el sentido indicado, se resumen a continuación:

En primer lugar, indicó que no se configuró la caducidad de la facultad sancionatoria de la administración prevista en el artículo 38 del C. C. A., en razón a que si bien la conducta objeto de reproche inició el 5 de marzo de 2007, lo cierto es que esta se prolongó hasta el 5 de diciembre de 2008, es decir, que se trata de una infracción de naturaleza continuada, por lo que la caducidad debe empezar a computarse desde la fecha en que cesó la conducta objeto de reproche.

En ese orden, comoquiera que la resolución número 65116 del 21 de noviembre de 2011 por la que se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra el acto administrativo principal y con la que se agotó la vía gubernativa, quedó ejecutoriada el 2 de diciembre de ese mismo año, resulta evidente que no operó la caducidad de la facultad sancionatoria de la administración.

Explicó que según lo previsto en los artículos 3, 4 y 5, numerales 1, 8 y 10 del Decreto 1663 de 1994, norma que regula la prohibición general de las prácticas restrictivas de la competencia en salud, y de acuerdo con la valoración del material probatorio recaudado en el desarrollo de la investigación administrativa, se concluyó que no es necesario que los acuerdos denominados por “objeto” o por “defecto” sean concomitantes para que se consideren contrarios a la libre

⁴ Folios 330 a 391.



competencia. De esta manera, la configuración de uno de ellos es suficiente para que se tipifique la práctica restrictiva.

No es relevante la intención que la parte actora tuvo al momento de la fijación del acuerdo, pues, lo realmente importante es la demostración de la sola existencia de lo pactado por Aliansalud S. A. y otras EPS dirigido a afectar la oferta de servicios de salud contenidos en el POS, al igual que la transparencia en la información requerida por el regulador para la fijación de la UPC y por haber forjado un mecanismo que estableció indirectamente el precio del aseguramiento en salud.

En esos términos, concluyó que no le asiste razón a la demandante cuando afirma que la SIC realizó una interpretación errada de la normatividad aplicable al caso, por cuanto no solo se analizó la existencia de reuniones y comunicaciones entre las EPS y ACEMI para formular una propuesta regulatoria al gobierno nacional, sino que se determinó la vulneración al régimen de la libre competencia con ocasión de la existencia de un acuerdo destinado a impedir la transparencia en el mercado de los servicios de salud.

6. Apelación

Aliansalud S. A.

Por intermedio de apoderado, la parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, el cual sustentó bajo los siguientes argumentos⁵:

En primer lugar, indicó que en la sentencia apelada se determinó que no se configuró la caducidad de la facultad sancionatoria de la administración, bajo argumentos carentes de fundamento legal y sin haberse realizado un análisis detallado de las pruebas allegadas.

No existe ninguna prueba en el expediente que demuestre que la supuesta conducta que motivó la imposición de la sanción de multa por parte de la SIC se extendió hasta el 5 de diciembre de 2008. Por el contrario, con las pruebas documentales aportadas se concluye que operó la caducidad de la facultad sancionatoria respecto de todas las conductas investigadas.

⁵ Folios 399 a 433.



Adujo que el envío de la información al que hace referencia la SIC en la resolución número 46111 de 2011 constituye el cumplimiento de una exigencia legal por parte del Ministerio de Protección Social para el estudio de la suficiencia de la UPC del POS, lo que no puede servir como argumento para afirmar que es una conducta contraria a la libre competencia.

En el “Informe al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud” se explica cuál fue el propósito de la información remitida el 5 de diciembre de 2008 por parte de las EPS. al Ministerio de Protección Social, de modo que no es válido sostener que se determinó el monto de la UPC ni las condiciones del POS, pues, esa función es de competencia del referido Consejo.

Por lo anterior, la información enviada el 5 de diciembre de 2008 no puede ser catalogada como una conducta anticompetitiva tendiente a influenciar el mercado en salud.

Manifestó que no se realizó un estudio detallado respecto del reproche de legalidad atinente a la falta de demostración por parte de la SIC de que las conductas endilgadas tuvieran por objeto o como efecto alguno de los enunciados previstos en los artículos 3, 4 y 5, numerales 1, 8 y 10 del Decreto 1663 de 1998.

No es suficiente afirmar, como lo hizo la SIC y lo reprodujo el tribunal de instancia, que la existencia de unos correos electrónicos constituyen la prueba de un acuerdo que tenía por objeto la restricción de la competencia.

Adujo que debe demostrarse que las conductas anticompetitivas tuvieron un efecto contrario a la competencia en el mercado, pues, en Colombia ni en otros países, el solo intercambio de información no es considerado como una práctica contraria a la libre competencia.

Nunca se demostró que ACEMI hubiere hecho circular entre las EPS agremiadas la información particular entregada por cada una de ellas ni tampoco se determinó si aquella tenía carácter reservado. Debe tenerse en cuenta que la información enviada a través de ACEMI es divulgada por el Ministerio de la Protección Social, lo que significa que tiene carácter público.



Esgrimió que se interpretó de manera equivocada la conducta descrita en el artículo 5, numeral 8 del Decreto 1663 de 1994, pues en el Sistema General de Seguridad Social en Salud no se encuentra prevista la posibilidad de que las EPS tengan algún tipo de competencia frente a la cobertura del POS.

Por consiguiente, no es acertado el razonamiento según el cual, las EPS se distinguen las unas de las otras por ofrecer servicios no cubiertos por el POS y con cargo a la UPC o a los propios recursos de la entidad, dado que es una hipótesis contraria a la ley, a los principios del sistema y a los propios intereses de los usuarios, en la medida en que no hay competencia alguna sino un producto unificado.

Indicó que fue insuficiente la explicación en torno a la violación del principio de presunción de inocencia, si se tiene en cuenta que de conformidad con reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional, el acusado no está obligado a presentar prueba alguna que demuestre su inocencia y por el contrario ordena a las autoridades judiciales competentes la demostración de la culpabilidad del agente.

En ese sentido, la imposición de una sanción de multa, como la que se controvierte, debe estar soportada en pruebas idóneas que demuestren que Aliansalud S. A. realizó acuerdos con el propósito de restringir los servicios de salud, afectar la transparencia en la información y fijar los precios en el mercado.

No se detallaron los puntos respecto de los que recayó el presunto acuerdo anticompetitivo, habida cuenta que solo fueron replicados los argumentos expuestos por la SIC en los actos administrativos demandados.

Puntualizó que la falta de valoración de todas las pruebas que obran en el expediente constituye una clara violación del derecho al debido proceso, en consideración a que la parte actora presentó contraindicios que desvirtuaban los presuntos acuerdos anticompetitivos.

Respecto de la valoración del flujograma realizado por el *a quo*, indicó que es carente de fundamento, en la medida en que ese documento lejos de constituir un acuerdo, lo que contiene es una propuesta al Ministerio de Protección Social, al Contralor General de la República y al Procurador General de la Nación, para solucionar los conflictos que se puedan suscitar con la interpretación del POS.



Señaló que no se tuvo en cuenta la declaración rendida por parte de la Directora de la Gestión de la Demanda del Ministerio de Protección Social en el curso de la investigación administrativa, en la que manifestó que la información estadística para el cálculo de la UPC es de público conocimiento y su uso es permitido por la ley, de tal suerte que excluye el carácter de reservado que le atribuyó la SIC.

Reiteró que no se analizó el cargo referente a la violación de la libertad de asociación, pues la EPS intercambian información con el objetivo de manifestar las preocupaciones comunes entre todas y que están encaminadas a formular propuestas específicas al gobierno nacional.

7. Actuación procesal en esta instancia

Por medio de auto del 26 de julio de 2013 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en Descongestión concedió en el efecto suspensivo el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la sociedad Aliansalud S. A⁶.

Mediante auto del 22 de enero de 2014 la Sección Primera del Consejo de Estado admitió el recurso de alzada en contra de la sentencia del 27 de mayo de 2013⁷.

Por medio de auto del 31 de mayo de 2016 se ordenó correr traslado a las partes y al Procurador Delegado por el término de 10 días para que presenten sus alegatos de conclusión⁸.

8. Alegatos de conclusión

Aliansalud S. A.

En el escrito de alegaciones finales, la parte actora reiteró cada uno de los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

Superintendencia de Industria y Comercio

Del texto de los alegatos finales, se extraen las siguientes consideraciones en

⁶ Folio 541 del cuaderno principal.

⁷ Folio 4 del cuaderno de apelación.

⁸ Folio 7 cuaderno de apelación.



relación con el caso concreto⁹:

Resaltó que las conductas reprochadas y que fueron objeto de sanción de multa son las denominadas de ejecución sucesiva o continuada, luego no es válida la afirmación referente a que ocurrió la caducidad de la facultad sancionatoria si se tiene en cuenta que las conductas cuestionadas datan de marzo de 2007 y hasta por lo menos el 5 de diciembre de 2008, fecha esta que corresponde al último envío de la información por parte de las EPS con el fin de realizar el Estudio de Suficiencia de la UPC, por lo que la facultad sancionatoria de la administración podía ser ejercida hasta diciembre de 2011.

En ese orden, en razón a que la resolución número 65116 del 21 de noviembre de 2011, por la que se agotó la vía gubernativa, quedó ejecutoriada el 2 de diciembre de ese mismo año, no se presentó el fenómeno de la caducidad de la facultad sancionatoria.

De otra parte, indicó que las conductas objeto de reproche son constitutivas de acuerdos que afectan la libre competencia entre agentes, en la medida en que de las pruebas recaudadas se determinó que las EPS sancionadas, a través de ACEMI, intercambiaron información para discutir temas relacionados con la definición de los contenidos del POS y para afectar la transparencia en el mercado.

Argumentó que el principio de presunción de inocencia considerado como quebrantado fue ampliamente desvirtuado por la SIC, en tanto se demostró que la conducta cuestionada es contraria a la libre competencia.

Añadió que el ejercicio de la actividad gremial no puede desbordarse con el uso de información que genere conductas anticompetitivas y, en esa medida, no se vulneró el derecho de asociación, pues, jurídicamente no es viable permitir comportamientos que afecten la libertad de competencia en los distintos sectores de la economía.

En lo demás reiteró lo dicho en la contestación de la demanda.

9. Concepto del Ministerio Público

⁹ Folios 8 a 77 del cuaderno de apelación.



El procurador delegado para la conciliación administrativa guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Corresponde a la Sala de lo Contencioso Administrativo, a través de esta Sección, conocer el recurso de apelación interpuesto por la sociedad Aliansalud S. A. contra la sentencia dictada el 27 de mayo de 2013 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Subsección C en Descongestión, en los términos del artículo 129 del CCA, en concordancia con lo decidido en el Acuerdo de Descongestión No. 357 de 5 de diciembre de 2017, suscrito entre las Secciones Primera y Quinta de esta Corporación.

3. Problema jurídico

Le corresponde a esta Corporación resolver, en primer lugar, si en este asunto se configuró el fenómeno de la caducidad de la facultad sancionatoria de la administración, para lo cual se deberá determinar la naturaleza de la conducta objeto de sanción; así mismo, establecer si se vulneraron los derechos al debido proceso y de defensa de la parte actora por indebida valoración probatoria; si los actos administrativos acusados están viciados de nulidad por falsedad en los motivos, por considerar que las conductas objeto de reproche están enmarcadas como anticompetitivas en el marco del Decreto 1663 de 1994 y si se quebrantó el derecho de asociación.

4. Análisis de los argumentos de la apelación

Para efectos de resolver los fundamentos expuestos en el recurso de apelación, se debe señalar lo siguiente:

A través de las resoluciones acusadas, la SIC impuso unas sanciones de multa a distintas EPS, entre otras, a la sociedad Aliansalud S. A., y ordenó otras medidas, por infracción de lo dispuesto en los artículos 3 y 5 numerales 1, 8 y 10 del Decreto 1663 de 1994, referentes a la prohibición general de prácticas que tengan



por objeto o como efecto impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia en el mercado de los servicios de salud y la realización de acuerdos contrarios a la libre competencia.

Según lo argumentado en las resoluciones cuya nulidad se depreca, y de lo acreditado en los antecedentes administrativos que dieron lugar a la expedición de aquellas¹⁰, los hechos considerados contrarios a la libre competencia en el mercado de servicios de salud se originaron entre el 5 de marzo de 2007, con ocasión del correo electrónico de una funcionaria de ACEMI enviado a todas las EPS que integran la asociación, y el 5 de diciembre de 2008, fecha en la que se constató el envío de un correo electrónico por parte de las EPS tendiente a la realización del Estudio de Suficiencia de la UPC.

Al respecto, es importante señalar que en tratándose de conductas que afecten o sean contrarias a la libre competencia, esta Corporación ha reiterado en distintas oportunidades¹¹ que para el cómputo de la facultad sancionatoria de la administración deviene necesario determinar la naturaleza de los hechos que originan la investigación administrativa, esto es, si son de ejecución instantánea o sucesiva.

Las conductas instantáneas se agotan en un solo momento, en tanto que las de ejecución sucesiva se prolongan en el tiempo, lo que significa que la comisión de la conducta objeto de investigación tiene el carácter de permanente o continuada, de tal suerte que la facultad sancionatoria de la administración debe computarse a partir de la comisión o realización del último acto de ejecución.

En efecto, en el evento de investigarse una conducta permanente o continuada, el Consejo de Estado ha sostenido que el término de caducidad para imponer la sanción *“comienza a contarse a partir de la fecha en la cual cesa dicha conducta. De allí que en los demás casos, dicho plazo se contabilizará en la forma establecida por el artículo 38 del C.C.A., esto es, desde que el hecho se produce”*¹²

¹⁰ Folio 1 cuaderno de antecedentes.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera; exp. 150012333000-2013-00254-01. Providencia del 13 de noviembre de 2014. C.P. María Elizabeth García González. Actor: Estación de Servicio Villa del Río Ltda. y otros.

¹² Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 18 de agosto de 2011, M.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta, Radicación número: 11001-03-24-000-2007-00013-00, posición reiterada en providencia del 8 de febrero de 2018, exp. 25000-23-24-000-2008-00045-02, M.P. Rocío Araújo Oñate, actor: Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (EAAB).



En punto de lo anterior, es relevante señalar que las actuaciones objeto de investigación tienen el carácter de continuado por el hecho de que se derivan de un comportamiento con una unidad de propósito, si se tiene en cuenta el constante intercambio de información entre las EPS y ACEMI relacionada con temas específicos para la determinación de la UPC y la definición de los servicios que deberían estar o no incluidos en el POS.

En aplicación de la regla antes explicada, la Sala encuentra que el período investigado por la SIC respecto de las conductas constitutivas de actos contrarios a la libre competencia en el mercado de prestación de servicios de salud, estuvo comprendido entre el 5 de marzo de 2007 y el 5 de diciembre de 2008, lo que presupone que es desde esta última fecha que inicia el término de tres años con que cuenta la administración para investigar los hechos constitutivos de infracción al ordenamiento legal y la consecuente imposición de sanciones.

Sobre el periodo objeto de investigación por parte de la SIC, el recurrente afirmó que no existe prueba alguna en el expediente que permita establecer que la información enviada por parte de las EPS, entre ellas, Aliansalud S. A. a ACEMI, el 5 de diciembre de 2008, constituya una conducta o práctica contraria a la libre competencia habida cuenta que la información enviada se efectuó en cumplimiento de una exigencia por parte del Ministerio de Protección Social para el estudio de suficiencia de la UPC del POS.

La aseveración de la parte actora sobre el envío de la información a ACEMI por medios electrónicos el 5 de diciembre de 2008 corrobora el hecho de que la investigación adelantada por la SIC sí se llevó a cabo en el período señalado en la resolución número 46111 de 2011, por manera que es claro que las conductas materia de investigación tenían relación estrecha y directa con la supuesta comisión de la infracción de la normatividad que prohíbe conductas que restrinjan o afecten la libre competencia, que como se señaló, se prolongaron en el tiempo.

En ese orden, se tiene que el 30 de agosto fue expedida la resolución número 46111, por la cual se impuso una sanción de multa a la parte actora en cuantía de \$1.071.200.000, acto administrativo frente al cual fue interpuesto el recurso de reposición, medio de impugnación que fue desatado a través de la resolución número 65116 del 21 de noviembre de 2011, con fecha de ejecutoria el 2 de



diciembre de 2011¹³.

La relación de las fechas en que fueron expedidos los actos administrativos acusados permite establecer que la SIC ejerció la potestad sancionatoria dentro del término consagrado en el artículo 38 del C. C. A., en la medida en que el acto administrativo que agotó la vía gubernativa fue notificado a la parte actora con antelación al vencimiento de dicho plazo, razón por la cual el cargo propuesto no tiene vocación de prosperidad.

Por otro lado, el demandante afirmó que en la decisión de primera instancia no se realizó una adecuada valoración de las pruebas aportadas al proceso, omisión que quebranta el derecho al debido proceso y de defensa, pues, no se demostró la infracción de los artículos 3, 4 y 5 numerales 1, 8 y 10 del Decreto 1663 de 1994.

Según el actor, el propósito de las reuniones y conversaciones electrónicas intercambiadas entre las EPS sancionadas y ACEMI, era únicamente el de formular una propuesta regulatoria al Ministerio de Protección Social, lo cual se encuentra debidamente acreditado en el expediente, pero cuyo análisis fue obviado por la SIC y en la sentencia de primera instancia.

Las conductas investigadas no tuvieron por objeto o como efecto la restricción de la competencia; por consiguiente, no es suficiente concluir, con fundamento en unos correos electrónicos, la existencia de un supuesto acuerdo anticompetitivo en el mercado de salud.

Frente a este reproche, la Sala señala lo siguiente:

En primer término, es importante señalar que de conformidad con lo previsto en el artículo 333 de la Constitución Política, la libre competencia económica es un derecho bajo la regulación del Estado, para cuyo efecto introduce excepciones y restricciones.

Ahora bien, respecto del alcance del derecho a la libre competencia, la Corte Constitucional en sentencia C-535 de 1997¹⁴, sostuvo:

¹³ Folio 280 cdno. anexo.

¹⁴ Corte Constitucional, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.



“[...] La libre competencia, desde el punto de vista subjetivo, se consagra como derecho individual que entraña tanto facultades como obligaciones. En una perspectiva objetiva, la libre competencia adquiere el carácter de pauta o regla de juego superior con arreglo a la cual deben actuar los sujetos económicos y que, en todo momento, ha de ser celosamente preservada por los poderes públicos, cuya primera misión institucional es la de mantener y propiciar la existencia de mercados libres. La Constitución asume que la libre competencia económica promueve de la mejor manera los intereses de los consumidores y el funcionamiento eficiente de los diferentes mercado [...]”.

Por su parte, según lo estatuido en el artículo 3 del Decreto 1663 de 1994¹⁵ están prohibidos los acuerdos, convenios o prácticas que directa o indirectamente tengan por objeto o como efecto restringir la libre competencia en el mercado de prestación de servicios en salud, norma cuyo texto es como se transcribe a continuación:

“Artículo 3º. Prohibición general a las prácticas restrictivas de la competencia. De conformidad con lo previsto en la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992, el Decreto ley 1298 de 1994 y con lo establecido en el presente decreto, están prohibidos todos los acuerdos, actos o convenios, así como las prácticas y las decisiones concertadas que, directa o indirectamente tengan por objeto o como efecto impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia dentro del mercado de los servicios de salud; abusar de una posición de dominio sobre el mismo; o impedir, restringir o interrumpir la prestación de los servicios de salud. Dichas conductas tendrán objeto ilícito.

Serán aplicables a las actividades de las Entidades Promotoras de Salud, los promotores de éstas, las instituciones prestadoras de Servicios de Salud, los profesionales del sector de la salud, las asociaciones científicas o de profesionales o auxiliares de dicho sector y a las de todas las personas naturales o jurídicas que en él participen, las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales

¹⁵ “Por el cual se reglamenta el parágrafo 2º del artículo 67 y el artículo 74 del Decreto ley 1298 de 1994” .



restrictivas, contenidas en la Ley 155 de 1959, en el Decreto 2153 de 1992 y las normas que las reglamenten, así como aquellas que las modifiquen, sustituyan o complementen”.

En la sentencia de primera instancia se indicó que los convenios, prácticas o decisiones concertadas denominados por objeto o que tengan como efecto impedir o restringir la libre competencia en el mercado de prestación de servicios de salud no tienen que ser concomitantes o concurrentes para que se configure el presupuesto de la afectación a la libre competencia.

Ahora bien, el artículo 5 ibídem consagra lo acuerdos que son contrarios a la libre competencia, en los siguientes términos:

“Artículo 5º. Acuerdos contrarios a la libre competencia. Se consideran contrarios a la libre competencia en el mercado de servicios de salud, entre otros, los siguientes acuerdos, convenios, prácticas o decisiones concertadas:

1. Los acuerdos que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios o tarifas.

[...]

8. Los acuerdos entre competidores que tengan por objeto o tengan como efecto abstenerse de distribuir o vender un bien o de ofrecer o prestar un determinado servicio de salud, interrumpirlo, o afectar los niveles de prestación del mismo.

[...]

10. Los que tengan por objeto o como efecto abstenerse de proveer a los usuarios o al Sistema General de Seguridad Social en Salud de información no reservada sobre la prestación de los servicios de salud, así como cualquier intento de ocultar o falsear la información y en general de impedir la debida transparencia en el mercado de los servicios de salud [...].”.

En la sentencia apelada el *a quo* sostuvo que la SIC logró demostrar con las



pruebas recopiladas en el curso de la investigación administrativa la existencia de un acuerdo entre las EPS, dentro de las que se encuentra la parte actora, que tenía por objeto afectar la oferta en la prestación de servicios de salud contenidos en el POS, al igual que la transparencia en la información requerida por el regulador para la fijación de la UPC, y por haber forjado un mecanismo que terminó por establecer indirectamente el precio de aseguramiento en salud.

En punto del reproche esgrimido por la sociedad demandante, se debe indicar que el fundamento principal para la imposición de la sanción de multa y de las demás órdenes por parte de la SIC, es el informe motivado presentado por el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia el 31 de marzo de 2011, en el que se compila la valoración de todas y cada una de las pruebas decretadas en el desarrollo de la actuación administrativa.

En ese documento se hace referencia, entre otras pruebas, a los múltiples correos electrónicos enviados por una funcionaria de ACEMI a la lista de correos de las EPS agremiadas, de los que se infieren las concertaciones sistemáticas realizadas al interior de las EPS respecto de los servicios de salud que deberían estar o no cubiertos en el POS, es decir, para afectar el listado ya definido en ese sentido por parte del Ministerio de Protección Social, cartera competente para regular ese aspecto con base en la información que suministre cada EPS en forma independiente.

Adicionalmente, está acreditado que por parte de la agremiación se solicitó a las EPS el resultado de los análisis acerca del impacto económico en términos de recobro y de la UPC.

Así, por ejemplo, según el correo electrónico enviado el 30 de mayo de 2007¹⁶ por parte de ACEMI a las EPS que forman parte de la agremiación se abordó como tema el “compromiso costeo insumos y depósitos médicos procedimientos POS, y se señaló lo siguiente:

“Apreciados señores,

Por medio de la presente, les estoy enviando la lista de los procedimientos POS que más frecuentemente requieren insumos,

¹⁶ FI. 103 contenido en la resolución 46111 de 2011, cdno. anexo.



dispositivos médicos o prótesis que las EPS consideran que no están en el POS (existen otras que el consenso de EPS considera que está en el POS).

Adjunto igualmente la propuesta de definiciones para aclarar el artículo 12, fruto del trabajo de las EPS y al cual se llegó por consenso.

Los objetivos son:

- 1. Costear para cada procedimiento cuánto pueden costar los elementos no POS (para proponer topes de cobertura).*
- 2. Determinar la frecuencia con la cual se realizan los procedimientos POS de la lista.*
- 3. Determinar la frecuencia con la cual la EPS está suministrando un dispositivo no POS para cada uno de esos procedimientos.*
- 4. Calcular el impacto en la UPC, que tiene la inclusión de los elementos y diferentes escenarios de topes económicos para la cobertura económica y ajuste de UPC.*

Les pedimos que ustedes revisen la frecuencia de los procedimientos, y diligencien el formato para el año 2006 del valor promedio de mercado de los elementos en las casillas correspondientes. Adicionalmente se pretende hacer en el formato “inventario” uno de estos elementos. (Se debe copiar un renglón por cada uno de los diferentes tipos de elementos de cada procedimiento como se muestra en el ejemplo.

Para aquellos que no puedan enviar la información en este formato les pedimos que no (sic) expliquen qué información disponible (recobros-tutelas u otros) tienen en medio magnético, para apoyar el proyecto de costeo de estos insumos y por lo tanto de impacto que tiene el concepto de integralidad en el costo del plan de beneficios y calcular el ajuste de UPC necesario para asumir este costo”.

Así como está demostrado que se solicitó información por parte de ACEMI a las EPS a través de correos electrónicos para llegar a un consenso respecto de los servicios considerados como cubiertos o no dentro del POS, en los actos administrativos demandados y en los antecedentes que dieron lugar a estos



también se hace referencia, entre otros medios de prueba, a los testimonios practicados a los representantes legales de las EPS, cronogramas elaborados por las mismas y el contenido de las actas de distintas reuniones llevadas a cabo para intercambiar información con esa específica finalidad.

El análisis del material probatorio recaudado llevó a la SIC a determinar la existencia de un acuerdo que tenía por objeto restringir o afectar la libre competencia en el mercado de prestación de servicios de salud, en la medida en que lo pretendido por las EPS era establecer de consuno los datos que serían reportados al Ministerio de Protección Social para la definición de los procedimientos que en lo sucesivo debían considerarse para ser incluidos o no dentro del POS.

Ahora bien, para la Sala es claro que la prestación de los servicios de salud en los distintos regímenes (contributivo y subsidiado) se encuentra bajo la dirección, orientación, supervisión, vigilancia, control y regulación del Estado a través del Ministerio de Protección Social (hoy Ministerio de Salud y Protección Social), en los términos de lo establecido en el artículo 170 de la Ley 100 de 1993. Asimismo, forman parte del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), la Comisión de Regulación en Salud (CRES), el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (CNSSS) y la Superintendencia Nacional de Salud (SNS).

La definición de los procedimientos médicos que se encuentran incluidos o excluidos del POS es de competencia del Ministerio de Salud, en coordinación con los demás entes que forman parte del SGSSS, para cuyo efecto se estudia la información suministrada por cada EPS, en forma individual, acerca de la frecuencia de suministro de medicamentos, servicios, dispositivos, los costos de estos, etc.

De esta manera, el intercambio de datos sobre lo que cada EPS considera debe estar incluido en el POS y la información respecto del cálculo de la UPC dirigidos a lograr un consenso y presentarlo al Ministerio de Salud y Protección Social para que defina el listado de servicios, constituye una conducta contraria a la libre competencia en el mercado de salud, basada en la cobertura de los servicios prestados.

El criterio unificado que se gestó en las EPS bajo la coordinación de ACEMI



contiene información sensible para la definición de los procedimientos y servicios que deben estar contemplados en el POS, lo que evidentemente impide la libre competencia entre las EPS si se tiene en cuenta que cada una de las entidades tiene conocimiento preciso y detallado de los servicios que son prestados por las demás y bajo qué parámetros.

La existencia de un consenso o criterio unificado acerca de la cobertura de los servicios *per se* repercute de manera contundente en la escogencia por parte del usuario de la entidad prestadora, en consideración a la falta de mecanismos diferenciadores referente a los servicios ofrecidos.

Bajo tales presupuestos, no le asiste razón al apelante en el sentido de afirmar que toda la información intercambiada entre Aliansalud S. A. y ACEMI obedeció a una exigencia del Ministerio de Protección Social para definir el listado del POS, pues, si bien la política de cobertura de servicios se determina con fundamento en los datos suministrados por las EPS, lo cierto es que esa información debe ser presentada en forma individual en aras, precisamente, de que exista transparencia en el mercado de prestación de servicios de salud.

Tampoco es cierto que tanto la SIC como el Tribunal de instancia hubieren omitido la valoración del contenido del “Informe de Suficiencia Plan Obligatorio de Salud – Unidad de Pago por Capitación 2007 y de los Actuales Mecanismos de Ajuste del Riesgo Determinantes para el Gasto de la Unidad de Pago por Capitación” presentado al CNSSS en diciembre de 2008¹⁷, en el que se explica con detalle cuál fue el propósito de la información remitida por las EPS al Ministerio de Salud y Protección Social.

Según el demandante, ese documento contiene datos relevantes que demuestran que las EPS no tenían la posibilidad legal de establecer el monto de la UPC ni las condiciones del POS por cuanto era de competencia exclusiva del CNSSS.

Sobre el particular, se encuentra que el análisis probatorio efectuado por la SIC al igual que el realizado en la sentencia de primera instancia se centró en todos los medios que fueron decretados y practicados en la investigación administrativa, de modo que se acreditó con las pruebas documentales, testimonios, cuadros explicativos, flujogramas etc., la existencia de una estrategia mancomunada para

¹⁷ Folios 434 a 539 cdno. anexos.



incidir en la fijación del listado de servicios del POS, y consecuentemente, de la UPC.

Es importante poner de presente que frente a cada una de las pruebas decretas por la SIC, la parte actora tuvo la oportunidad legal de controvertirlas, tal como se dejó expresa constancia de ello en los actos administrativos acusados, para lo cual allegó las pruebas que consideró idóneas para desestimar el resultado de la investigación.

Por consiguiente, el argumento que estriba en la supuesta violación de los derechos al debido proceso y de defensa, no tiene asidero jurídico válido, por haberse demostrado la configuración de las conductas contrarias a la libre competencia en el mercado de servicios de salud, al amparo de un estudio detallado y minucioso por parte de la SIC.

Adicionalmente, el recurrente indicó que también hubo una inadecuada valoración del reproche referente a la violación del principio de legalidad y de falsedad en los motivos, en la medida en que no se tuvo en cuenta cuál era el verdadero propósito de las conversaciones y reuniones entre las entidades que forman parte del gremio, para concluir en forma errónea que se quebrantó la libre competencia.

Acerca de este otro motivo de disenso, la Sala reitera que las conductas desplegadas por la parte actora junto con las otras EPS agremiadas en ACEMI se enmarca dentro de las prohibiciones enlistadas en los artículos 3 y 5 numerales 1, 8 y 10 del Decreto 1663 de 1994, bajo la premisa de haberse hallado una simetría en el contenido de las conversaciones enviadas por correo electrónico, en las actas de reuniones y en los testimonios practicados, de los que se extrajo que el objetivo central fue influenciar de manera indirecta la definición del POS.

Debe recordarse que si bien esa facultad, según la normatividad vigente que regula la materia, es propia del Ministerio de Salud y Protección Social, es claro que la información suministrada por las EPS reviste relevancia en el resultado final de la cobertura de servicios.

Ahora bien, la afirmación atinente a que las reuniones solo tenían como propósito elevar peticiones al gobierno nacional como producto de los estudios estadísticos, técnicos, financieros y jurídicos acerca de la problemática que se genera en torno



a las distintas interpretaciones del POS, es carente por completo de fundamento.

Así pues, se tiene que no es necesario hacer grandes esfuerzos intelectivos para concluir que las EPS buscaban presentar una propuesta al Ministerio de Salud y Protección Social para la definición del POS basada en una información previamente concertada de manera consciente, la cual tenía por objeto afectar la libre competencia en el mercado de prestación de servicios de salud, la transparencia en la información y la fijación indirecta de precios de la UPC.

Merece resaltarse que el Estado como regulador del Sistema General de Salud debe velar porque la prestación de ese servicio esencial se haga bajo estrictos parámetros de calidad, seguridad, idoneidad y transparencia, ya que lo que está en juego es la cobertura de los servicios de salud de los habitantes del territorio nacional, de manera que el intercambio de información sensible entre competidores, como lo son las EPS, para presentarla posteriormente al gobierno nacional, sin duda es una conducta que genera una afectación a la libre competencia.

Así las cosas, los argumentos planteados sobre esta censura serán despachados en forma desfavorable, pues la motivación expuesta en las decisiones administrativas cuestionadas son acordes a la realidad de las conductas comprobadas como anticompetitivas.

Finalmente, otro de los argumentos del recurso de alzada se contrae a señalar en que se hizo un indebido análisis acerca de la violación del derecho de asociación.

Para el apelante, las resoluciones demandadas tornan nugatorio el derecho de Aliansalud S. A. de pertenecer a una agremiación ya que, precisamente, estas tienen como fin abordar el estudio de los planteamientos de inquietudes y disconformidades respecto de las diversas interpretaciones que se pueden suscitar en la prestación del servicio de salud por parte de las EPS y frente a las políticas del gobierno nacional.

Adujo que en la sentencia recurrida el Tribunal se limitó a indicar que no fueron expuestos los argumentos que sustentan la transgresión del derecho de asociación, cuando es claro que se realizó un análisis detallado para demostrar el quebranto de ese derecho por parte de la SIC.



En punto de esta censura, la Sala recuerda que si bien el derecho de asociación está intrínsecamente ligado al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de expresión, no es ilimitado ni absoluto, como lo ha reconocido en múltiples ocasiones la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia¹⁸.

En el caso concreto, el derecho de asociación que tienen las EPS para canalizar a través de ACEMI las posturas, inquietudes, planteamientos de propuestas etc., debe estar sujeto al ordenamiento legal y debe tener como eje central la adecuada, oportuna y eficaz prestación de los servicios de salud.

En ese sentido, la concertación o unificación de estrategias para presentar informes por las EPS relacionados con la definición de los servicios cubiertos por el POS, atenta contra el ordenamiento legal que prohíbe la realización de conductas contrarias a la libre competencia, tal como ocurrió en el caso objeto de debate.

Por consiguiente, la parte actora con el medio de impugnación interpuesto no logró desvirtuar la presunción de legalidad que revisten los actos administrativos demandados, razón por la que la sentencia apelada deberá ser confirmada por estar acorde con la solución que jurídicamente corresponde a la cuestión planteada a la presente instancia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: Confírmase la sentencia del 27 de mayo de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en Descongestión.

SEGUNDO: Reconócese personería para actuar como apoderada de la parte demandada a la señora Liz Carolina Gil Pareja, en los términos del poder que obra a folio 78 del cuaderno de apelación.

¹⁸ Corte constitucional, sentencia C-424 de 2005. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.



TERCERO: En firme esta sentencia y previas las comunicaciones del caso, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Este proyecto fue discutido y aprobado en sesión de la fecha.

CÓPIESE Y NOTIFÍQUESE.

ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Presidente

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Consejera

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Consejero

ALBERTO YEPES BARREIRO

Consejero



SC5780-6-1



GP059-6-1

